

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00020

vom 9. Mai 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-05-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00020

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00020 du 9 mai 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00020 del 9 maggio 2022

Erwägungen

E. 1

Der 1965 geborene X.____ arbeitete seit dem 1. Januar 1999 bei Y.____ - zuletzt als Supervisor Airport Service - in einem 100%-Pensum. Ab Mai 2020 wurde ihm infolge Kurzarbeit ein reduzierter Lohn ausbezahlt (Urk. 7/168). Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis am 25. November 2020 per 28. Februar 2021 aufgrund der anhaltenden Covid-Krise (Urk. 7/3-4). Am 25. November 2020 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Regensdorf zur Arbeitsvermittlung (Urk. 7/1) und stellte mit Datum vom 18. Februar 2021 (Eingang: 22. März 2021) Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. März 2021 (Urk. 7/9). Die Unia

Arbeitslosenkasse informierte den Versicherten mit Schreiben vom 23. März 2021, dass der versicherte Verdienst monatlich Fr. 9'167.-- betrage (Urk. 7/13) und richtete gestützt darauf Arbeitslosentaggelder aus. Nachdem X.____ der Unia Arbeitslosenkasse mitgeteilt hatte, dass er mit der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht einverstanden sei (Urk. 7/17-18) und um eine einsprachefähige Verfügung gebeten hatte (Urk. 7/33), legte die Unia Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 1. Juli 2021 den versicherten Verdienst für die ab 1. März 2021 laufende Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf monatlich Fr. 9'167.-- fest (Urk. 7/35). Die dagegen vom Versicherten am 11. August 2021 erhobene Einsprache (Urk. 7/39) hiess die Unia Arbeitslosenkasse mit Entscheidung vom 30. November 2021 teilweise gut und setzte den versicherten Verdienst ab dem 1. März 2021 neu auf Fr. 9'197.-- fest (Urk. 2).

E. 1.1

Die Höhe der Arbeitslosenentschädigung richtet sich grundsätzlich nach dem versicherten Verdienst.

Nach Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs. 2 bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1.

Der Bemessungszeitraum beginnt nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind, bemisst sich der versicherte Verdienst gemäss Abs. 3 bis nach den Absätzen 1-3, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten jahresdurchschnittlichen Arbeitszeit.

E. 1.2

Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (BGE 128 V 189 E. 3a/aa, siehe auch BGE 131 V 444 E. 3.2.3; ARV 2014 Nr. 6 S. 144 E. 3.4.1.2, 2012 Nr. 11 S. 290 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_749/2018 vom 28. Februar 2019 E. 3.2).

E. 1.3

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter den in Art.

31 ff.

AVIG

geregelten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Diese beträgt 80 % des anrechenbaren Verdienstauffalls (Art. 34 Abs. 1 AVIG). Der Arbeitgeber ist gemäss Art. 37 lit. c AVIG verpflichtet, während der Kurzarbeit die vollen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der normalen Arbeitszeit zu bezahlen; er ist berechtigt, die vollen Beitragsanteile der Arbeitnehmer vom Lohn abzuziehen, sofern nichts anderes vereinbart war.

E. 1.4.1

Der AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) ist zu entnehmen, dass bezüglich Bestimmung des versicherten Verdienstes in der Regel der arbeitsvertraglich festgelegte Lohn massgebend ist, soweit dieser auch tatsächlich realisiert worden ist. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes kommt nicht nur für die Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch für die Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes eine entscheidende Bedeutung zu (AVIG-Praxis ALE, Rz C2).

E. 1.4.2

Zum massgebenden Lohn gehören unter anderem insbesondere der Grundlohn (Monats-, Stunden- oder Akkordlohn), der 13. Monatslohn und die Gratifikation, sofern sie ausgerichtet worden sind oder die versicherte Person ihre glaubhaft gemachte Forderung gerichtlich durchzusetzen versucht, sowie Provisionen und Bonuszahlungen. Auch Nacht-, Schicht-, Sonntags- und Pikettzulagen sind als massgebender Lohn zu berücksichtigen, wenn die versicherte Person aufgrund ihrer Tätigkeit solche Zulagen normalerweise erhalten hat und soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen sind.

Der erzielte Verdienst wird in jenen Beitragsmonaten angerechnet, in welchen die Arbeitsleistung erbracht worden ist (Entstehungsprinzip). Unerheblich ist somit, zu

welchem Zeitpunkt die Zahlungen ausgerichtet werden (beispielsweise 13. Monatslohn, Provisionen, Bonuszahlungen, Dienstaltersgeschenke, Treue prämien; AVIG-Praxis ALE, Rz C2).

E. 1.5

Die Regelung gemäss Art. 37 Abs. 3 AVIV (vgl. E. 1.1), wonach der Bemessungszeitraum, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls

beginnt, betrifft Versicherte, die sich bei Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls nicht sofort zum Taggeldbezug anmelden.

Ein früherer - vor dem Bemessungszeitraum gemäss Art. 37 Abs. 1 oder Abs. 2 AVIV liegender - Verdienstaustausfall ist nur anrechenbar, wenn er anspruchsbegründend ist, das heisst bei einem Verdienstaustausfall von 20 % beziehungsweise 30 %, jeweils abhängig vom jeweiligen Entschädigungssatz (vgl. AVIG-Praxis ALE C22).

E. 1.6

Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen). 2.

E. 2

Dagegen erhob X. am 17. Januar 2022 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, es seien ihm die gesetzlichen Leistungen auszurichten, wobei insbesondere der versicherte Verdienst höher anzusetzen sei. Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 15. Februar 2022 auf Ablehnung der Beschwerde (Urk. 6, unter Beilage ihrer Akten, Urk. 7/1-71), was dem Beschwerdeführer am 23. Februar 2022 mitgeteilt wurde (Urk. 9). Nach Einsicht in die Akten (vgl. Urk. 10-13) reichte der Beschwerdeführer die Eingabe vom 21. März 2022 ein (Urk. 14).

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Entscheid (Urk. 2) damit, dass die dem Beschwerdeführer regelmässig ausbezahlten variablen Zulagen nicht zum versicherten Verdienst gerechnet werden dürften, da während der Rahmenfrist Beitragszeit (1. März 2019 bis 28. Februar 2021) kein anrechenbarer Verdienstaustausfall von mehr als 30 % des versicherten Verdienstes der letzten 6 respektive 12 Beitragsmonate vor Eintritt der Arbeitslosigkeit vorgelegen habe. Vor dem relevanten Bemessungszeitraum ausbezahlte Zulagen könnten nicht berücksichtigt werden. In teilweiser Gutheissung der Einsprache wurde aber der versicherte Verdienst bei günstigeren 12 berücksichtigten Beitragsmonaten von Fr. 9'167.-- auf Fr. 9'197.-- erhöht, da nebst dem Lohn inklusive 13. Monatslohn (Fr. 104'143.--) und den fixen Zulagen (Fr. 5'856.--) auch die effektiv erzielten Einkommen aus Sonntag- und Nachtarbeit aus den letzten 12 Monaten in der Höhe von Fr. 359.65 zu berücksichtigen seien.

E. 2.2

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend (Urk. 1), bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes seien weitere substantielle variable Zulagen zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Ab Ende März 2020 habe seine Arbeitgeberin für ihn Corona-bedingt Kurzarbeit erhalten. Während den 15 Monaten vor dem Corona-bedingten Lockdown (Januar 2019 bis März 2020) habe er solche vertraglich vereinbarten variablen Zulagen von Fr. 4'253.10 ausbezahlt erhalten, was auf ein Jahr umgerechnet Fr. 3'402.50 ergebe. Da ihm die Zulagen regelmässig ausbezahlt worden seien, seien sie damit ein Lohnbestandteil. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Zulagen fix oder variabel seien. Auch mache es keinen Unterschied, ob sie in den letzten 12 Monaten erzielt worden seien oder früher. Zudem seien auf die Zulagen ALV-Beiträge abgerechnet worden, weshalb deren Nicht-Berücksichtigung beim versicherten Verdienst dem Äquivalenzprinzip widersprechen würde. Die Zulagen wären für den versicherten Verdienst berücksichtigt worden, wenn ihm im März 2020 - anstelle von Kurzarbeit - gekündigt worden wäre. Zu diesem Resultat führe auch die Anwendung von Art. 37 Abs. 3 AVIV, wonach der Bemessungszeitraum am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls beginnt, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug; bei ihm sei der Verdienstaustausfall mit dem Beginn der Kurzarbeit eingetreten.

E. 3

Es ist unbestritten und durch die Akten belegt, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. Januar

1999 bis 28. Februar 2021 bei Y.____

angestellt war und dass er dadurch in der massgebenden Rahmenfrist

für die Beitragszeit vom 1. März 2019 bis 28. Februar 2021 während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes des Beschwerdeführers und dabei insbesondere, ob auch die vor Einführung der Kurzarbeit ausgerichteten variablen Zulagen zu berücksichtigen sind.

E. 4

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 1. Juli bis und mit 1. August sowie vom 1. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Die Gerichtsschreiberin
Hurst-Geiger

E. 4.1

Zur vorliegend umstrittenen Frage, wie der versicherte Verdienst zu berechnen ist, wenn die versicherte Person vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Kurzarbeits entschädigung bezogen hat, enthält weder das AVIG noch die AVIV spezifische Bestimmungen. Auch der AVIG-Praxis lässt sich dazu nichts entnehmen. Es kommen daher grundsätzlich die allgemeinen Regeln nach Art. 23 AVIG und Art. 37 AVIV sowie die dazu entwickelte Praxis zur Anwendung. Abweichend von der in E. 1.2 und E. 1.4 dargelegten Praxis ist jedoch nicht nur der tatsächlich erzielte, mithin der infolge Kurzarbeit reduzierte Lohn massgebend. Da gemäss Art. 37 lit . c AVIG während der Kurzarbeit die vollen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der normalen Arbeitszeit zu entrichten sind, entspricht diese Bemessungsgrundlage auch dem im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebenden Lohn, der nach Art. 23 Abs. 1 AVIG zur Bestimmung des versicherten Verdienstes heranzuziehen ist. Davon scheint auch das Seco auszugehen (vgl. zur Berücksichtigung des vertraglichen Lohns bei Zwischenverdiensteinkommen, die infolge Kurzarbeit lediglich 80 % des vertrag lichen Lohns betragen, AVIG-Praxis Rz C129).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin hat für die Berechnung des versicherten Verdienstes den vertraglich vereinbarten Grundlohn von monatlich Fr. 8'011.--, den 13. Monats lohn und die im Bemessungszeitraum ausgerichteten fixen Zulagen in der Höhe von Fr. 488.-- pro Monat einbezogen. Mit ihrem Einspracheentscheid vom 30. November 2021 hat sie zudem die tatsächlich ausbezahlten Sonntags- und Nachtzulagen berücksichtigt und den Durchschnittslohn aufgrund der letzten 12 Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab dem 1. März 2021 ermittelt, da dies für den Versicherten günstiger ausfiel. Damit hat sie den versicherten Verdienst in korrekter Anwendung der massgebenden Bestimmungen (E. 1.1 ff., E. 4.1) auf Fr. 9'197.-- festgelegt (vgl. E. 3.1 sowie Urk. 7/4, Urk. 7/12).

Dass die Beschwerdegegnerin die im März und April 2020 noch ausgerichtete Zulage «Airport Transport Allowance » von Fr. 99.-- respektive Fr. 63.-- nicht hin zugerechnet hat, ist im Übrigen nicht zu beanstanden. Laut Beschwerdeführer handelte es sich dabei um Transportzulagen (für Schichten) nach 21 Uhr, die während der Kurzarbeit weggefallen seien, weil es keine Spätschichten mehr gegeben habe (Urk. 7/17, vgl. auch Urk. 7/11). Da der Grund der Ausrichtung einer solchen Zulage mit der Arbeitslosigkeit entfallen ist , ist sie bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen (BGE 144 V 195 E. 4.1) .

E. 4.3

Der Beschwerdeführer verlangt nun, dass auch variable Zulagen, welche nicht im massgebenden Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst ausgerichtet wurden, einzurechnen seien (vgl. ausführlicher E. 3.2 sowie Urk. 1).

Dazu ist vorab zu bemerken, dass die Arbeitgeberin in denjenigen Monaten, in welchen der Beschwerdeführer infolge Kurzarbeit keine zulagengenerierenden Einsätze leistete, beispielsweise in den Monaten Mai, Juni und September 2020, lediglich auf dem Grundlohn und den fixen Zulagen Sozialversicherungsbeiträge abzog (Urk. 7/4: ALV-Abzug von Fr. 93.50, was bei einem Beitragsatz von 2.2 % [resp. 1.1 % für den Arbeitnehmer, Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 AVIG] einem mass gebenden Lohn von Fr. 8'499.-- entspricht). Demnach erachtete auch die Arbeit geberin die variablen Zulagen nicht als zum

normalerweise erzielten Lohn gehörend (vgl. Art. 37 lit . c in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 AVIG).

Wie zuvor unter E. 1.5 ausgeführt, wäre eine Anrechnung von variablen Lohnbestandteilen, welche vor dem für die Festsetzung des versicherten Verdienstes relevanten Bemessungszeitraumes (1. März 2020 bis 28. Februar 2021) liegen, nur möglich, wenn bereits davor ein anspruchsbegründender Verdienst ausfall gegeben gewesen wäre. Andernfalls gilt nach dem klaren Wortlaut von Art. 37 AVIV, dass sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnitt der letzten 6 oder 12 Monate vor der Anmeldung bemisst, abhängig davon, welcher für die versicherte Person günstiger ist.

E. 4.4

Zu prüfen ist demnach, ob beim Beschwerdeführer schon vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ab dem 1. März 2021 ein anrechenbarer Verdienstausschlag von mehr als 30 % vorlag. So steht dem Beschwerdeführer unbestrittenermassen ein Entschädigungssatz von 70 % zu (vgl. Art. 22 Abs. 2 AVIG), was Fr. 6'437.90 bei einem versicherten Verdienst von Fr. 9'197.-- entspricht.

Es steht fest, dass dem Beschwerdeführer ab Mai 2020 infolge Kurzarbeit auf grund der Corona-Pandemie ein reduzierter Lohn ausgerichtet wurde, wobei eine Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von 80 % des anrechenbaren Verdienstausschlages entrichtet wurde (vgl. E. 1.3 sowie Lohnjournale, Urk. 7/4). Eine Hinzurechnung der vor dem relevanten Bemessungszeitraum - das heisst vor dem 1. März 2020 liegenden - zusätzlichen (variablen) Zulagen von aufgerechnet monatlich Fr. 283.55 (Fr. 3'402. 50 : 12) führt augenscheinlich auch unter Berücksichtigung des infolge Kurzarbeit reduzierten Lohns nicht zu einem höheren - anspruchsbegründenden - Verdienstausschlag von mehr als 30 %.

Die Beschwerdegegnerin hat damit die nicht im Berechnungszeitraum liegenden weiteren Zulagen zu Recht nicht bei der Berechnung des versicherten Verdienstes berücksichtigt. Entsprechend beträgt der versicherte Verdienst ab 1. März 2021 Fr. 9'197.--.

E. 4.5

Der angefochtene Entscheid erweist sich damit als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Adrian Zogg - Unia Arbeitslosenkasse, unter Beilage von Urk. 14 - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.